

ANTONIO CASSATELLA
Professore Associato di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento
antonio.cassatella@unitn.it

PLURALISMO COSTITUZIONALE E DOVERI DELL'AMMINISTRAZIONE (IN DIALOGO CON MASSIMO MONTEDURO)

CONSTITUTIONAL PLURALISM AND DUTIES OF THE ADMINISTRATION (DIALOGUE WITH MASSIMO MONTEDURO)

SINTESI

Il saggio si misura con le tesi esposte da Massimo Monteduro nel suo recente studio in tema di “Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona”. L'autore affronta, in particolare, le questioni relative alla qualificazione dei doveri giuridici dell'amministrazione e dei loro rapporti con il principio di legalità. Assunto che la legalità amministrativa sia un concetto in endemica crisi – a causa della frammentazione delle fonti, della scarsa qualità della normazione, della fisiologica indeterminatezza dei precetti – si verifica in quale misura l'amministrazione possa integrare le previsioni legali e colmare le lacune del sistema in diretta attuazione della Costituzione. In parziale dissenso rispetto alle tesi di Monteduro, l'autore evidenzia come il principio personalistico e l'art. 2 Cost. possano essere utile base per legittimare l'intervento integratore dell'amministrazione, lasciando tuttavia aperto il problema di coniugare centralità della persona e pluralismo assiologico proprio degli ordinamenti democratici.

ABSTRACT

The essay examines the theses presented by Massimo Monteduro in a recent study on “Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona”. The author discusses the issues relating to the qualification of the legal duties of the administration under the rule of law. Assuming that the rule of law is a concept in crisis - due to the plurality of sources and the indeterminacy of the laws - it is examined to what extent the administration can integrate the legal provisions and fill the gaps in the system in direct implementation of the Constitution. In partial disagreement with Monteduro's thesis, the author highlights how the personalistic principle and art. 2 of the Constitution can be a useful basis for legitimizing the proactive intervention of the administration, while leaving open the problem of combining the centrality of the person and the axiological pluralism of democratic systems.

PAROLE CHIAVE: Legalità amministrativa – principio personalistico – lacune – doveri amministrativi – attività amministrativa

KEYWORDS: Rule of law – human rights – administrative duties – administrative procedure – theory of interpretation

INDICE: 1. Questioni di metodo e merito: i riferimenti culturali del saggio di Monteduro. – 2. Pluralismo assiologico e ruolo dell'amministrazione nella composizione dei conflitti fra valori costituzionalmente rilevanti. – 3. La questione dei livelli minimi di tutela dei diritti inviolabili, tra disciplina sostanziale e standard procedimentali. – 4. I doveri di intervento dell'amministrazione in caso di lacune: il problema delle tecniche di integrazione del diritto positivo. – 5. Osservazioni conclusive: principio personalistico come premessa della tipizzazione delle esigenze individuali e delle prerogative dell'amministrazione.

1. Questioni di metodo e merito: i riferimenti culturali del saggio di Monteduro.

La lettura del recente, denso, saggio di Massimo Monteduro pone una serie di interrogativi circa il ruolo degli apparati amministrativi nell'attuazione dei principi e dei valori stabiliti dalla Costituzione e dalle fonti di diritto europeo ed internazionale. Rispetto all'ampio spettro di temi individuati nel saggio, la questione su cui si intende soffermare l'attenzione concerne la rilevanza del principio personalistico nell'attività amministrativa¹.

Secondo l'Autore, in tutti i casi in cui l'intervento amministrativo sia necessario per garantire la piena realizzazione della personalità, l'art. 2 Cost. rappresenta la fonte di doveri di agire che si concretizzano in misure positive a garanzia della persona. Entro questa chiara cornice assiologica, Monteduro prospetta un corollario e tre differenti "scenari".

Il corollario è rappresentato dal rapporto fra principio di legalità e riserva di legge. Nell'ottica di Monteduro, la riserva di legge sarebbe indispensabile al solo fine di attribuire all'amministrazione poteri autoritativi, non essendo invece necessaria nelle restanti circostanze, in cui la prospettata rilettura dell'art. 2 Cost. non osterebbe ad un intervento diretto dell'amministrazione anche in difetto di norme di attribuzione di funzioni e conseguenti poteri di agire. Su questo sfondo si stagliano i tre diversi scenari, utili a concretizzare i termini del discorso.

Il primo scenario sussiste quando il legislatore, in attuazione dell'art. 2 Cost., attribuisce alla p.a. gli strumenti per agire a doverosa tutela dei diritti individuali. La chiave di lettura proposta

¹ Si fa riferimento ad aspetti trattati soprattutto nei §§ 34-35-36-37-38-39 del saggio di Monteduro, pubblicato in questa *Rivista* come *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, 2020, 2.

dall'Autore implica, nondimeno, un'interpretazione costituzionalmente rafforzata dell'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 e dell'intero complesso di norme che orientano l'operato dell'amministrazione, da interpretare in necessaria prospettiva personalistica². Questo spiegherebbe la necessità di concepire l'intera amministrazione come una funzione servente alla persona.

Il secondo scenario si riscontra, invece, quando le norme di attribuzione dei singoli doveri di intervento stabiliscono standard di tutela inferiori a quelli esigibili sulla base dell'art. 2 Cost. Gli individui sarebbero pertanto legittimati ad agire innanzi al giudice competente per lamentare gli inadempimenti amministrativi, sollevando contestualmente q.l.c. della norma attributiva del dovere di intervento, così da investire la Corte Costituzionale del compito di valutarne la congruità.

Il terzo scenario concerne, infine, le ipotesi in cui il legislatore non sia già intervenuto a regolare l'esercizio delle funzioni amministrative, il che potrebbe avvenire qualora sorgano nuovi bisogni da garantire mediante l'attuazione degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. In tale frangente, l'amministrazione dovrebbe intervenire a favore della persona anche in difetto di base legale, compensando mediante la propria iniziativa le lacune del diritto positivo (ma non del sistema costituzionale, che abiliterebbe la p.a. ad agire in supplenza del legislatore).

Monteduro precisa la propria tesi enumerando anche le modalità in cui si concretizza l'esercizio del dovere di intervento legittimato dall'art. 2 Cost., rappresentate da forme di esercizio non autoritativo delle funzioni amministrative: piena accessibilità ai beni pubblici da utilizzare in ambito comunitario, erogazione di servizi ed ulteriori attività materiali a tutela e promozione della persona.

La ricca articolazione del saggio e gli ampi rinvii che corredano l'apparato delle note lasciano trasparire i molteplici riferimenti culturali dell'Autore, non solo giuridici ma anche filosofico-politici. Orientandosi attraverso le varieguate citazioni sembra tuttavia possibile cogliere la principale genealogia giuridica della tesi, espressiva di una precisa chiave di lettura dei rapporti fra amministrazione e Costituzione.

² Su questi aspetti cfr. anche P. FORTE, *Enzimi personalistici nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2017, 1, 63 ss.

Correndo il rischio di semplificare i riferimenti culturali del saggio, si reputa che esso rappresenti l'evoluzione di una linea di pensiero che, riallacciandosi agli studi recenti di Perfetti³, risale verso la concezione responsabilistica di amministrazione teorizzata da Berti⁴, a propria volta debitrice delle teorizzazioni di Benvenuti sulla necessità di rovesciare il rapporto fra autorità e libertà nella prospettiva di una rinnovata centralità del soggetto come radice dell'intervento amministrativo nella società⁵.

Nell'individuare queste matrici non si scopre nulla di originale, come testimoniano i molteplici saggi che hanno affrontato il pensiero di Benvenuti e dei suoi allievi⁶. Riferendosi a questa linea di pensiero, Monteduro conferma, ad ogni modo, come le moderne riflessioni sulla dimensione sociale dell'amministrazione non possano prescindere da un'interpretazione evolutiva delle norme costituzionali che, in quanto precettive, impongono di rivisitare le ragioni dell'amministrare.

Si può tuttavia intuire come la tesi sia esposta ad una immediata obiezione, consistente nel rischio di far leva sulla vaghezza del testo costituzionale per introdurre nel discorso giuridico considerazioni politiche e morali che condizionano lo svolgersi del ragionamento, dando ad esso una parvenza di linearità che non è garanzia di attendibilità delle conclusioni. Si tratta di critiche analoghe a quelle rivolte nei confronti di Benvenuti e dei suoi allievi da prospettive spesso antitetiche – ma qui convergenti – come quelle di Cassese⁷ e Mazzamuto⁸.

Contro tali critiche si potrebbe replicare altrettanto agevolmente osservando come ogni valutazione giuridica della realtà muova da presupposti assiologici, che incidono sull'articolazione

³ Cfr. L.R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2018, 199 ss.; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 99 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2012, 309 ss.

⁴ Cfr. G. BERTI, *Diritto amministrativo: memorie e argomenti*, Milano, 2008, *passim*; ID., *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, *passim*.

⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, *passim*; ID., *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, *passim*.

⁶ Fra i contributi degli allievi diretti, cfr. da ultimi U. ALLEGRETTI, *Benvenuti e le potenzialità del realismo utopico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 64 ss.; E. ROTELLI, *Feliciano Benvenuti. Partecipazione e autonomie nella scienza amministrativa della Repubblica*, Venezia, 2011, *passim*. Fra i contributi di Autori non legati alla scuola benvenutiana cfr. A. SANDULLI, *Benvenuti e le nuove dighe del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2017, 153 ss.

⁷ Cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 138 ss.

⁸ Cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 88 ss.

delle varie teorie, siano o meno costituzionalmente orientate⁹. Percorrendo questa via si rischierebbe però di assorbire il discorso giuridico in quello filosofico-politico, rinunciando ad un'analisi del fenomeno amministrativo da cogliere attraverso gli strumenti a disposizione del giurista, composti dalle tecniche di interpretazione che connettono fra loro gli istituti ricavabili in via induttiva dalla disciplina vigente, scoprendo i significati impliciti in un testo che resta pur sempre dato a priori.

A tal fine, ci si può dunque chiedere se la tesi esposta da Monteduro possa essere riformulata rinunciando ai presupposti assiologici che sono alla base della peculiare lettura dell'art. 2 Cost. prospettata dall'Autore.

Questa rilettura pare scientificamente plausibile, giacché la tesi di Monteduro trova un proprio antecedente storico nella posizione assunta in materia da un giurista laico e sistematico come Donati – fra i mentori dello stesso Benvenuti – in un momento anteriore alla stessa entrata in vigore della Costituzione: si tratta, dunque, di una teoria che può essere giustificata sul piano logico, prima che assiologico.

Nell'affrontare il tema dell'interpretazione analogica delle norme attributive dei poteri amministrativi, Donati riteneva che le disposizioni finalizzate a restringere la sfera giuridica dei cittadini dovessero essere interpretate restrittivamente, sulla base del *favor libertatis* implicito nel sistema costituzionale del primo Novecento. Al contempo, nulla escludeva di ricavare per analogia norme implicite che attribuivano all'amministrazione nuovi doveri, da esercitare a garanzia e tutela delle prerogative individuali¹⁰.

La tesi di Donati va contestualizzata rispetto all'epoca in cui fu concepita¹¹, ma essa mostra con chiarezza come il problema dell'estensione dei doveri di intervento dell'amministrazione preceda logicamente e storicamente la disciplina dell'art. 2 Cost., in quanto espressivo di esigenze di razionalizzazione del potere propria dell'esperienza giuridica maturata entro la cornice dello Stato

⁹ Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, 260 ss.

¹⁰ Cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1907), in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, 184.

¹¹ Cfr. soprattutto G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1924), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss. Per una sintesi recente dell'evoluzione del principio di legalità cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 15 ss.

di diritto. In tal senso, la necessità di orientare l'esercizio del potere amministrativo a garanzia dell'individuo può dirsi alla base di diverse posizioni ideologiche che hanno contribuito alla stesura della Costituzione: si tratta, infatti, di un assunto che si può porre all'intersezione fra pensiero cristiano-sociale e liberaldemocratico¹².

L'osservazione può essere banale, nella parte in cui nessuna analisi giuridica della rilevanza costituzionale dell'amministrazione può fondarsi su un principio di segno opposto, ossia sull'esigenza di non porre limiti al potere, così da legittimarne l'arbitrio anche a danno della persona. È forse meno banale osservare come, in tal modo, si confuti in premessa l'obiezione di chi voglia criticare la tesi di Monteduro in quanto espressiva di una specifica interpretazione assiologica della Costituzione, dato che il punto di partenza della tesi appare compatibile con ogni concezione democratica del sistema giuridico¹³.

La posizione di Monteduro attualizza, infatti, questioni già messe a fuoco da Autori che avevano preceduto le riflessioni di Benvenuti (come Capograssi¹⁴, Miele¹⁵ ed Amorth¹⁶) il che permette di valutarne positivamente gli sviluppi anche laddove non si condividano le premesse della scuola benvenutiana. Qualsiasi riflessione critica sull'evoluzione del sistema amministrativo finisce, del resto, per porsi l'interrogativo circa il senso dell'amministrare ed il ruolo di apparati, corpi sociali ed individui rispetto all'esercizio di funzioni ripartite su diversi piani organizzativi e territoriali¹⁷.

Il saggio è apprezzabile soprattutto nella parte in cui, postulando una doverosità dell'azione amministrativa a tutela della persona come un *prins* logico rispetto all'esercizio stesso del potere, pone l'accento sul ruolo degli apparati pubblici in un sistema fondato sulla soggezione dell'autorità

¹² Cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 58 ss.

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Per uno Stato democratico-repubblicano*, Roma, 2016, 25 ss.

¹⁴ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 1950, specie 198 ss.

¹⁵ Cfr. G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1945, 103 ss.

¹⁶ Cfr. A. AMORTH, *Lo Stato come fine e lo Stato come mezzo* (1948), in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1999, 1219 ss.

¹⁷ Fra gli altri, pur con differenti impostazioni ed attraverso un differente strumentario argomentativo, cfr. da ultimi S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 141 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 33 ss.; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, 11 ss.; M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 347 ss.

ai canoni stabiliti dalla Costituzione e dalle fonti di diritto europeo ed internazionale di riferimento, rappresentate da Cedu e Carta di Nizza.

Se su queste premesse si può convenire, resta da affrontare il tema del modo attraverso cui legislatore ed amministrazione possono cooperare proattivamente nell'attuazione dei valori sottesi alle carte fondamentali, stabilendo presupposti e limiti di esercizio delle funzioni amministrative. Se è scontato ribadire come legiferare e amministrare siano due tecniche integrate di gestione dei pubblici interessi, resta aperto il tema delle tecniche giuridiche attraverso cui garantire un coordinamento fra due poteri che sono distinguibili, ma non radicalmente separabili.

A tal fine, l'esigenza di un franco dialogo con l'Autore impone alcune riflessioni critiche inerenti al contesto entro cui si colloca ciascuno degli scenari. Sussiste, infatti, una possibile discrasia fra le condivisibili premesse da cui muove Monteduro e le conseguenze delle tesi prospettate.

2. Pluralismo assiologico e ruolo dell'amministrazione nella composizione dei conflitti fra valori costituzionalmente rilevanti.

Il primo scenario descritto da Monteduro solleva alcuni interrogativi in ordine al rilievo da attribuire al principio personalistico in rapporto all'intero sistema giuridico ed amministrativo. Si è già sottolineato come l'Autore suggerisca un'interpretazione costituzionalmente orientata dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990. Se l'azione amministrativa è preordinata ad attuare i fini indicati dalla legge, queste finalità possono consistere in una garanzia di tutela e pieno godimento dei diritti inviolabili della persona ai sensi dell'art. 2 Cost.

Occorre tuttavia rilevare come il principio personalistico non sia isolato nel testo e nel sistema costituzionale. Garanzia e tutela dei diritti inviolabili rappresentano più l'effetto dell'azione amministrativa orientata ad attuare la Costituzione che la ragione dell'intervento amministrativo. A

tal fine, si deve infatti tenere conto della pluralità di valori che caratterizza l'ordinamento nella sua stessa evoluzione storica¹⁸.

Questi argomenti sono familiari all'amministrativista, perché riecheggiano la tesi della discrezionalità legislativa ed amministrativa come tecnica di bilanciamento fra valori ed interessi concorrenti o confliggenti¹⁹. Non sembra sufficiente trasformare il potere discrezionale di legislatori ed amministrazioni in un dovere di attuazione dell'art. 2 Cost. per superare il problema rappresentato dalla pluralità dei valori ed interessi insiti nel sistema. Si reputa, anzi, che il pluralismo assiologico sia la ragione che giustifica la necessità di attribuire alla p.a. una responsabilità funzionale volta a risolvere il conflitto scegliendo l'alternativa più idonea rispetto alle circostanze del caso, privilegiando o sacrificando determinati valori ed interessi mediante scelte non arbitrarie²⁰.

Ne discende che pure il valore della persona va situato entro la cornice costituzionale, al fine di stabilire quale sia la condizione reale e concreta dei singoli individui o gruppi che chiedono all'amministrazione di garantire i propri diritti. Tale operazione ermeneutica smitizza, tuttavia, la concezione assolutizzante dell'individuo; non perché si ridimensioni la centralità della persona nel sistema costituzionale, ma in quanto la si pone all'interno di una trama di relazioni complesse.

Al fine di dare concretezza al discorso possono essere utili due esempi.

Durante l'emergenza pandemica si è posto il gravissimo problema di scegliere quali cittadini curare mediante l'uso degli apparati disponibili nei reparti di terapia intensiva degli ospedali e quali persone abbandonare al proprio destino.

Astrattamente, si potrebbe auspicare che le amministrazioni siano in possesso delle attrezzature idonee a curare contemporaneamente tutti i cittadini, ma questo non supporta il medico che si trovi a decidere *hic et nunc* se tentare di salvare la vita ad un anziano o ad un adolescente. Né sembra che gli artt. 2, 3, 32 o 97 Cost. forniscano al medico un sicuro criterio circa l'opzione preferibile in concreto. Se anche il sacrificio di uno dei due pazienti può essere

¹⁸ Rimangono attuali le considerazioni di C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, specie 403 ss.

¹⁹ In una prospettiva di teoria generale del diritto pubblico cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 66 ss.

²⁰ Sia permesso un rinvio ad A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677 ss.

teoricamente giustificato da uno stato di necessità, non è definito il parametro che guida il medico nelle sue decisioni e nella scelta del “bene-vita” sacrificabile: il diritto alla sopravvivenza dell’anziano e quello del giovane si trovano in insanabile conflitto.

Al fine di supportare i medici, nel corso del 2020 la Siaarti ha raccomandato di applicare un criterio di proporzionalità delle cure, dando priorità al paziente con maggiori possibilità di sopravvivenza, senza fare espresso riferimento all’età del paziente. Si è dunque stabilito che «in un contesto di grave carenza delle risorse sanitarie [si] deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la “maggior speranza di vita”». Sempre secondo la Siaarti, *«il bisogno di cure intensive deve pertanto essere integrato con altri elementi di “idoneità clinica” alle cure intensive, comprendendo quindi: il tipo e la gravità della malattia, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità. Questo comporta di non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo “first come, first served”»*²¹.

Si tratta di una posizione in larga parte condivisa dal Comitato Nazionale di Bioetica, secondo il quale il trattamento dei pazienti dovrebbe seguire un criterio *«appropriatezza clinica»* da stabilire in rapporto alle condizioni del paziente²².

Il secondo esempio riguarda gli individui sottoposti a carcerazione sulla base del regime stabilito dall’art. 41 *bis* della legge sull’ordinamento penitenziario²³.

Il principio personalistico e la funzione rieducativa della pena porterebbero ad escludere che i diritti dei detenuti siano compressi fino al punto vietare il loro trasferimento presso strutture ospedaliere per il trattamento di gravi patologie, applicando il regime di differimento dell’esecuzione previsto dall’art. 147 c.p.

È tuttavia noto come le amministrazioni carcerarie ed i tribunali di sorveglianza abbiano vietato il trasferimento di detenuti afferenti ad organizzazioni mafiose, ritenendo che i diritti al

²¹ Cfr. le *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 2020, 5 ss.

²² Cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, *I documenti del CNB sul Covid-19*, 2021, 11, benché la soluzione sia stata ritenuta troppo timida da parte di un membro di minoranza, secondo il quale la posizione della Siaarti risulta maggiormente specifica: cfr. *ivi*, 16 ss.

²³ Cfr. A. MARTUFI, *Il “carcere duro” tra prevenzione e diritti: verso un nuovo statuto garantistico?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2019, 259 ss.

differimento della pena ed alla ospedalizzazione vadano bilanciati con le esigenze di sicurezza e sorveglianza di individui particolarmente pericolosi, anche in rapporto al ruolo ricoperto nella società criminale. Per quanto la Cassazione abbia ritenuto che il divieto di trasferimento non possa risolversi in un trattamento inumano di detenuti di età avanzata e gravemente malati, la materia continua ad essere caratterizzata da una significativa discrezionalità, ripartita fra amministrazione e giudici²⁴.

Questi due esempi mostrano come la doverosità amministrativa individuata da Monteduro possa essere teoricamente desiderabile, ma sia difficilmente attuabile nella sua interezza entro un sistema normativo che si fonda sul conflitto fra valori ed interessi come conseguenza ineliminabile del pluralismo. È un sistema in cui lo stesso concetto di persona sotteso all'art. 2 Cost. acquista rilievo giuridico secondo modalità differenti, spesso frammentate mediante la selezione di “tipi” di individui come destinatari delle singole norme e dell'intervento amministrativo²⁵.

In luogo della persona – colta nella sua pienezza ed individualità – le norme che disciplinano le differenti funzioni amministrative hanno come immediati destinatari tipi di soggetti: i pazienti, i detenuti, gli studenti, i disabili, i migranti. A propria volta, ciascuno di questi insiemi può dar luogo a differenti sotto-tipi, cui attribuire una peculiare rilevanza nell'ambito delle valutazioni discrezionali o tecniche delle singole amministrazioni. Ne discende che le modalità di adempimento dei molteplici doveri amministrativi mutano in rapporto alle qualità ed ai bisogni dei destinatari, da stabilire in relazione con altri valori ed interessi, riconducibili a differenti categorie di individui o gruppi.

L'art. 2 Cost. non fornisce, pertanto, un chiaro criterio orientatore al fine di un'interpretazione evolutiva della disciplina, essendo semmai vero il contrario: sono le leggi e le prassi interpretative seguite dalle amministrazioni e dai giudici a dare un significato concreto al principio personalistico.

La sua declinazione non sembra infatti caratterizzata dall'obiettiva ed immediata individuazione di quanto spetta al singolo individuo, ma sulla preliminare definizione dei modi di

²⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 22 marzo 2017, n. 27766.

²⁵ Sulla rilevanza teorica e pratica del tipo e dell'argomentazione tipologica cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, *passim*; A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it. Napoli, 2004, specie 61 ss.

esercizio dell'azione amministrativa, sia nelle forme autoritative che in quelle negoziali o materiali: nel primo caso, vengono in rilievo le prerogative partecipative del privato, compendiate nell'art. 41 della Carta di Nizza e nell'art. 6 della Cedu²⁶; nel secondo caso, assumono crescente importanza gli obblighi di correttezza e buona fede che, elaborati con riferimento all'attività di esecuzione dei contratti amministrativi, vanno sempre più assumendo le caratteristiche dei principi generali dell'agire pubblico, in termini ora ribaditi dall'art. 1, comma 3, della l. n. 241/1990²⁷.

Schematizzando il problema, spetta dunque al legislatore stabilire “cosa” spetti a “chi” nel quadro dell'art. 2 Cost. e delle ulteriori disposizioni rilevanti, rimanendo nella disponibilità degli apparati l'implementazione delle modalità di esercizio del potere, in rapporto alle caratteristiche del problema pratico da risolvere: a tal fine, il principio personalistico incide sull'esercizio del potere discrezionale o dell'autonomia negoziale della p.a. integrando l'interpretazione delle norme strumentali (o di azione), ma non quale fonte diretta di norme finali (o di relazione).

3. Il problema dei livelli minimi di tutela dei diritti inviolabili, tra disciplina sostanziale e standard procedimentali.

Il secondo scenario solleva ulteriori interrogativi. Appare certamente suggestivo sostenere che l'art. 2 Cost. imponga allo stesso legislatore di garantire una serie di standard sostanziali minimi a tutela dei diritti inviolabili dell'individuo. Resta tuttavia da chiarire come possano essere determinati i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali e sulla base di quali parametri giuridici la Corte Costituzionale possa valutare se una legge soddisfi o meno tali necessità di tutela.

Su questo sfondo si apre l'ulteriore problema dell'identificazione degli standard di garanzia dei diritti inviolabili cui fa riferimento Monteduro. Tralasciando l'ipotesi che tali diritti corrispondano sul versante dei doveri ai l.e.p. cui fa riferimento l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

²⁶ Cfr. L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 850 ss.; ID., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 789 ss.

²⁷ Cfr. già la monografia ed i saggi raccolti da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, *passim*.

– escluso in tesi dallo stesso Autore –, appare evidente come riemerge il problema rappresentato dalla necessità di precisare il concetto di diritto inviolabile e stabilire fino a che punto esso possa variare in rapporto alle necessità di tutela di altri diritti o interessi che aspirano al riconoscimento del medesimo *status*²⁸.

Anche da tale punto di vista, pertanto, la natura “essenziale” di un diritto non può essere definita in termini astratti, ma rappresenta un compromesso fra modelli desiderabili e disponibilità delle risorse, dei mezzi e della stessa capacità progettuale del legislatore e delle amministrazioni, in rapporto ad altri valori ed interessi²⁹.

Le esemplificazioni possono essere anche in tal caso utili a precisare i termini del problema. Si considerano casi in cui è stata prospettata q.l.c. relativa alla pretesa carenza di tutela di diritti individuali nei confronti dell'amministrazione, che si assumeva tenuta a garantire determinate prestazioni.

Il primo esempio concerne la disciplina della fecondazione eterologa, oggetto di una q.l.c. sollevata da vari giudici ordinari nel corso del 2013. Nelle ordinanze di rinvio si sosteneva la tesi per cui il divieto di utilizzare tecniche di fecondazione eterologa gestite dalle competenti strutture sanitarie – stabilito dalla l. n. 40/2004 – sarebbe stato lesivo del diritto all'identità ed autodeterminazione delle coppie, oltre che del diritto alla piena realizzazione della vita privata familiare, con pregiudizio del diritto di formare una famiglia e di costruire liberamente la propria esistenza. A questa tesi si opponeva l'Avvocatura di Stato, evidenziando come le ordinanze si fondassero su meri assiomi e postulati, che non tenevano conto della necessità di vietare la fecondazione eterologa al fine di contenere i rischi derivanti dalla mancanza di un rapporto biologico fra figlio e genitore e dalla lesione del diritto all'identità biologica del nascituro³⁰.

La Corte ha ritenuto fondata la q.l.c. e dichiarato l'incostituzionalità delle previsioni della l. n. 40/2004, ritenendo che il divieto di accedere alla fecondazione eterologa – formulato in termini assoluti – fosse lesivo di una libertà fondamentale di coppia. La sentenza ha tuttavia circoscritto l'accesso a tale tecnica al caso in cui non sussistano altri metodi efficaci e sia stato accertato il

²⁸ Per una ricognizione critica, con riferimento ai le.p. ma in termini riferibili all'ipotesi in esame, cfr. C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1001 ss.

²⁹ Cfr. C. PANZERA, *op. cit.*, 1003.

³⁰ Cfr. Corte Cost., 10 aprile 2014, n. 162.

carattere assoluto delle cause di sterilità o infertilità della coppia, sulla base di idonee certificazioni mediche.

Senza entrare nel merito politico e morale della questione, ci si può chiedere se il ragionamento della Corte sia compatibile con le tesi di Monteduro. Il fatto che le coppie (e non i singoli individui) possano fare valere nei confronti delle competenti a.s.l. un diritto condizionato alla fecondazione eterologa è senz'altro *più* rispettoso dell'art. 2 Cost. di quanto non lo sia un divieto generalizzato di accesso alla tecnica procreativa. Resta però da chiedersi se ulteriori liberalizzazioni si possano avvicinare o meno all'idealtipo di diritto incompressibile teorizzato da Monteduro: basti pensare alla possibilità di accedere individualmente – e, dunque, in assenza di un partner stabile – alle tecniche di fecondazione eterologa³¹.

Il secondo esempio ha ad oggetto l'erogazione di pensioni garantite ai cittadini italiani, ma non ai cittadini extracomunitari regolarmente presenti in Italia. In passato, numerose disposizioni di legge vietavano all'Inps di erogare misure di sostegno a favore di extracomunitari privi della c.d. carta di soggiorno europea, che attestava la loro regolare presenza in Italia da più di cinque anni.

La Corte Costituzionale ha tuttavia chiarito come la legge non possa negare l'accesso ad una pensione di invalidità a persone prive di carta di soggiorno, fermo il possesso degli altri requisiti stabiliti dalla disciplina applicabile. Secondo la Corte, l'art. 2 Cost. avrebbe infatti imposto all'Inps l'adempimento di doveri inderogabili di tutela che non potevano essere condizionati dall'attribuzione di uno sproporzionato rilievo alla durata della permanenza legale nel territorio dello Stato, trattandosi di un requisito meramente formale e disancorato dalla situazione di bisogno in cui versava l'individuo³².

Anche in tal caso, la soluzione cui è giunta la Corte non discende da un generico riconoscimento della necessità di proteggere i diritti fondamentali, attribuendo alle amministrazioni dei doveri inderogabili di intervento a loro tutela. Si sono dovute superare le obiezioni

³¹ Su questi problemi, in cui le questioni giuridiche si intrecciano con quelle morali e bioetiche, cfr. da ultimi A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. Civ.*, 2020, 647 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa Dir. Priv.*, 2019, 713 ss.

³² Cfr. Corte Cost., 28.5.2010, n. 187, nonché Corte Cost., 11 novembre 2015, n. 230. In dottrina, cfr. M. VINCIERI, *Verso la parità tra cittadini italiani e stranieri nell'accesso alle prestazioni assistenziali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 961 ss.

dell'amministrazione, per la quale la limitazione prevista *ex lege* si giustificava in rapporto a proporzionate esigenze di contenimento della spesa pubblica, che, a propria volta, imponevano di graduare le prestazioni di assistenza anche in rapporto alla durata della presenza dello straniero in Italia.

Si può convenire sul fatto che l'erogazione della pensione di invalidità sia *più* compatibile con il principio personalistico di quanto non lo sia l'introduzione di condizioni legate alla mera durata della presenza nel territorio italiano. Al contempo, resta aperto il problema della sufficienza di queste misure rispetto ai bisogni di individuali e dell'equa distribuzione di risorse sempre più scarse ad un numero sempre maggiore di individui in difficoltà³³.

Ad integrazione di quanto osserva Monteduro, ci si può chiedere se fra i diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. possano annoverarsi le pretese procedimentali nei confronti dei pubblici poteri, in termini garantiti a livello europeo dal principio di buona amministrazione riconosciuto dall'art. 41 della Carta di Nizza e dall'art. 6 della Cedu³⁴.

Anche da tale angolazione, tuttavia, emerge come la determinazione del livello adeguato di garanzie procedimentali non sia deducibile automaticamente dall'art. 2 Cost. o da altre norme di principio, ma rappresenti l'esito di un bilanciamento di interessi effettuato dal legislatore e sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale.

Con riferimento all'essenziale garanzia rappresentata dal dovere di motivare i provvedimenti, la Corte ha non solo ribadito la rilevanza dell'istituto quale presidio fondamentale della legalità sostanziale dell'agire amministrativo³⁵, ma ha dichiarato l'incostituzionalità di norme speciali che esoneravano l'amministrazione dal dovere di motivare i provvedimenti sfavorevoli³⁶.

In altre occasioni, tuttavia, la stessa Corte Costituzionale ha osservato come il dovere di motivare possa subire delle deroghe per esigenze di buon andamento dell'azione amministrativa,

³³ Su questi problemi e con riferimento a questioni correlate a quella in esame, cfr. G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giur. Cost.*, 2019, 762 ss.

³⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 789 ss.

³⁵ Cfr. Corte Cost., ord., 29 aprile 2015, n. 92.

³⁶ Cfr. Corte Cost., 10 novembre 2010, n. 305.

come accaduto nelle q.l.c. relative all'ammissibilità della motivazione in forma numerica dei giudizi relativi ad esami di abilitazione³⁷.

Se dunque si guarda all'ordinamento reale ed alle prassi interpretative che lo connotano, pare dubbia la possibilità di estrapolare dal solo art. 2 Cost. o dal principio personalistico la misura delle garanzie e tutele dei diritti inderogabili dei cittadini. Il saggio di Monteduro, caratterizzato da una sensibilità giusnaturalistica, rischia di sottovalutare la relatività storica dei fenomeni e gli stessi condizionamenti culturali che incidono sullo sviluppo dei sistemi giuridici, confermando la difficoltà di spiegare in termini astratti ed universali i rapporti fra amministrazioni ed individui.

4. I doveri di intervento dell'amministrazione in ipotesi di lacune legislative.

Il terzo scenario concerne l'ipotesi in cui l'emersione di nuovi bisogni di tutela individuale giustifichi l'intervento dell'amministrazione sulla base dell'art. 2 Cost., in difetto di una cornice legale di riferimento e dell'interposizione del legislatore.

All'Autore non sfugge come la tesi trovi un serio ostacolo se riferita all'esercizio di potestà autoritative dell'amministrazione, che trovano un necessario fondamento nella legge e nei correlati principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti. La questione non muta, tuttavia, con riguardo ai provvedimenti ampliativi, soggetti a riserva di legge ed all'interposizione degli atti di programmazione ai sensi dell'art. 12 della l. n. 241/1990³⁸.

Gli interventi dell'amministrazione cui fa riferimento Monteduro si articolano in prestazioni materiali di assistenza, in attività consensuali o contrattuali atipiche ma finalizzate alla cura di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241/1990 e dell'art. 1322 c.c., o in attività di informazione e supporto che non soggette alle rigide forme dell'attività autoritativa, nel solco delle suggestioni di Berti³⁹.

³⁷ Cfr. Corte Cost., 7 giugno 2011, n. 175.

³⁸ Cfr. G. CORSO, *op. cit.*, 23 ss.

³⁹ Cfr. G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, 3 ss.

Il saggio ha l'indubbio merito di disancorare il problema dell'intervento della p.a. dalla questione della legalità amministrativa – che condiziona gli studi sui poteri impliciti⁴⁰ – per spostare l'attenzione sulla liceità dell'intervento non autoritativo dell'amministrazione, il cui limite ultimo dovrebbe individuarsi nel *neminem ledere*. Si reputa, tuttavia, che esso muova da un postulato più teorico che reale, consistente nella pretesa assenza di discipline idonee a regolare l'intervento amministrativo.

Senza ripercorrere il dibattito relativo alle lacune dell'ordinamento, può osservarsi come la crescente inflazione normativa e la rilevanza delle discipline di principio contenute nei vari testi unici renda difficoltoso immaginare situazioni in cui l'intervento amministrativo a sostegno di nuovi bisogni sia privo di una minima cornice regolatoria, tale da giustificare un'interpretazione analogica nei termini originariamente prospettati da Donati: materie e discipline trasversali come la tutela dell'ambiente, del paesaggio, della stessa salute trovano nella disciplina statale e regionale i possibili addentellati per legittimare l'intervento dell'amministrazione a tutela di molteplici valori ed interessi⁴¹.

Sul piano della politica del diritto si potrà dunque discutere circa la necessità di riforme utili a garantire un miglior funzionamento degli apparati amministrativi o il pieno coordinamento fra la loro azione e quella di gruppi sociali, ma sul piano del diritto positivo sarà possibile adattare la disciplina vigente alle nuove necessità. A tal fine, si può infatti praticare un'interpretazione estensiva delle norme che individuano le finalità dell'azione amministrativa, specie se formulate mediante clausole aperte o concetti indeterminati⁴².

Si consideri il caso emblematico delle finalità cui è preordinata l'azione dei Comuni ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 267/2000. La disposizione è formulata in termini tali da attribuire all'ente locale un ampio margine di intervento non autoritativo a sostegno della persona, senza stabilire un'enumerazione tassativa delle competenze comunali. Anche la recente disciplina del d.lgs.

⁴⁰ Cfr. almeno N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, *passim*.

⁴¹ Sull'iperfetazione normativa e sulle sue conseguenze cfr. S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2010, 389 ss., per quanto il problema fosse già lamentato da M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione* (1954), in ID., *Scritti*, III, Milano, 2003, 927 ss.

⁴² Resta fermo che, ove tale interpretazione sia impraticabile, spetti al solo legislatore il compito di individuare nuove finalità e modalità di intervento amministrativo: cfr. G. CORSO, *op. cit.*, 17 ss.

117/2017 (c.d. Codice del Terzo Settore) affida ai cittadini il compito di tutelare in via sussidiaria il bene comune, la coesione e la protezione sociale, consentendo di attrarre entro la sfera della materia una serie di attività di interesse generale, formulate in termini elastici.

Dagli esempi formulati emerge come lo scenario indicato dall'Autore non implichi tanto il riconoscimento di una doverosità *praeter legem* dell'intervento amministrativo, quanto la necessità di interpretare le norme attributive delle funzioni amministrative o di compiti riservati al terzo settore in modo da giustificare l'intervento doveroso in settori oggetto di regolazione parziale o frammentaria. La prospettiva personalistica consentirebbe, pertanto, di integrare la disciplina legale di riferimento in modo tale da giustificare l'intervento della p.a. e del terzo settore in termini tali da agevolare tutela e godimento dei diritti.

Da quanto emerso consegue come il terzo scenario si risolva in una variante del primo, dal quale differisce più sul piano quantitativo che qualitativo, in rapporto alle caratteristiche delle operazioni ermeneutiche che consentono di integrare i limiti del diritto positivo senza risolversi in operazioni radicalmente creative di nuove funzioni e competenze⁴³.

Ne discende che anche nei confronti della ricostruzione effettuata possono prospettarsi i medesimi dubbi relativi alla praticabilità del primo scenario. Appare dubbia, in particolare, la possibilità di stabilire a priori gli interventi espressivi di doveri inderogabili: vi sono infatti casi in cui l'intervento potrebbe essere limitato nell'*an* e nel *quomodo*, a riprova del fatto che l'art. 2 Cost. non può essere interpretato in termini assoluti, ma relativi, in coerenza con il pluralismo dei valori che innerva l'intero sistema.

Anche sul punto possono essere opportuni degli esempi.

Il primo esempio mostra come l'art. 2 Cost. non legittimi necessariamente un ruolo proattivo dell'amministrazione a tutela dell'individuo. Nel notissimo caso Englaro, la Regione Lombardia aveva rifiutato la disattivazione dei macchinari che tenevano artificialmente in vita una persona in coma irreversibile, ritenendosi titolare del dovere di garantire l'erogazione delle terapie fino alla morte naturale della paziente; non solo tali decisioni venivano annullate dal giudice amministrativo,

⁴³ Nella dottrina recente, cfr. A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2020, 127 ss.

ma il rifiuto della Regione risultava espressivo di un illecito rifiuto di tutelare il diritto alla salute, inteso come diritto all'autodeterminazione del livello di benessere psicofisico dell'individuo⁴⁴.

Come ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza relativa alla questione risarcitoria correlata al rifiuto della Regione, infatti, allorché il rifiuto di ricevere cure sia oggetto di una scelta consapevole del paziente, «non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico», cosicché non può attribuirsi all'amministrazione un dovere inderogabile di salvaguardia della vita⁴⁵.

Il secondo esempio mostra come i doveri di intervento a tutela della persona non siano mai inderogabili, ma soggetti a bilanciamenti che incidono sul livello di esigibilità della prestazione amministrativa.

La posizione dello studente disabile che aspiri ad ottenere un sostegno scolastico può legittimare l'intervento dell'amministrazione nei termini stabiliti dall'art. 2 Cost. e dalla l. n. 104/1992: tuttavia, la legge non definisce in termini univoci la misura del sostegno da garantire, da parametrare alle condizioni dello studente.

La Corte Costituzionale, a questo riguardo, ha chiarito come lo studente disabile sia titolare di un diritto fondamentale ad ottenere un'istruzione adeguata alle proprie condizioni personali. Per quanto la legge possa condizionare l'esercizio del diritto in rapporto alle esigenze organizzative delle istituzioni scolastiche, resta ferma la necessità di garantire il nucleo indefettibile delle prerogative individuali: ne è discesa la declaratoria di incostituzionalità di una disposizione che inibiva le assunzioni di insegnanti di sostegno a tempo determinato⁴⁶.

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia sottolineato come la misura delle ore di sostegno necessarie a garantire il diritto all'istruzione del disabile sia rimessa a valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione, da vagliare in rapporto al grado di disabilità ed esigenze di giustizia distributiva nell'allocazione del monte ore degli insegnanti di sostegno. In particolare, si è

⁴⁴ Per una ricostruzione del contesto normativo e delle relative implicazioni cfr. A. D'ALOIA, *Al limite della vita: decidere sulle cure*, in *Quad. Cost.*, 2010, 237 ss.

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058

⁴⁶ Cfr. Cort. Cost., 26 febbraio 2010, n. 80.

stabilito come non si possano sottrarre risorse «*a chi versa in situazioni di più grave disabilità, mantenendo così il concorso equilibrato di tutti i cittadini all'attuazione del principio solidaristico ex art. 2 Cost.*»⁴⁷.

La giurisprudenza conferma, pertanto, come i concetti di persona, diritti e doveri inderogabili abbiano carattere relativo e storicamente condizionato dall'evoluzione dei valori sottesi ad una Costituzione elastica come quella italiana.

5. Osservazioni conclusive: principio personalistico come premessa della tipizzazione delle esigenze individuali e delle prerogative dell'amministrazione.

A parziale – e provvisoria – conclusione della pur ristretta analisi del saggio di Monteduro, può osservarsi come la rilettura del principio personalistico prospettata dall'Autore conservi una serie di potenzialità messe in luce dalla stessa analisi critica degli scenari individuati.

Si è visto, in particolare, come il principio personalistico non possa essere giuridicamente assolutizzato in un contesto costituzionale contraddistinto da una concezione non univoca della persona e dei gruppi sociali, delle loro aspirazioni e dei loro valori o interessi. Ciò non implica, tuttavia, che la centralità della persona e la necessità di concepire l'azione amministrativa a garanzia dello sviluppo dell'individuo possano essere svilite o ridimensionate: il problema, attiene, semmai, al modo attraverso cui i legislatori – Stato, Regioni e Province autonome – e amministrazioni possono bilanciare i differenti valori in coerenza con il sistema descritto dall'art. 97, comma 3, Cost.

Il ruolo dell'individuo dovrebbe essere infatti considerato dal legislatore al fine di stabilire attribuzioni, competenze e responsabilità degli apparati amministrativi, in rapporto alla sfera di autonomia e responsabilità dello stesso individuo o di un dato gruppo di individui.

La vera posta in gioco sembra tuttavia rappresentata dalla necessità di delimitare il tipo sociale di individuo preso in considerazione dalle singole previsioni normative, e, dunque, le caratteristiche dei destinatari concreti e non ideali delle stesse misure amministrative. Si è già fatto riferimento, a questo riguardo, alla necessità di correlare le prerogative dell'amministrazione – siano esse

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2488; Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231. Sul punto cfr. L. BUSATTA, *Oltre il vincolo di bilancio: il nucleo essenziale della salute del disabile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 879 ss.

autoritative o meno – alle qualità dei soggetti con cui essa si relaziona: studenti, disabili, migranti, come anche imprenditori o investitori.

La questione non è meramente astratta, ma assume rilievo concreto non solo in rapporto all'interpretazione ed integrazione della disciplina vigente, ma anche alla definizione stessa della misura del potere di intervento dell'amministrazione nella società e nel mercato.

Anche in tal caso un esempio può essere utile a cogliere le implicazioni pratiche del problema.

Nell'estate del 2020 la Provincia Autonoma di Trento ha disciplinato in via regolamentare gli orari di apertura e chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali situati in località non turistiche, introducendo dei limiti all'iniziativa economica privata in astratta attuazione dell'art. 41 Cost.

Nella prospettiva della Giunta provinciale, la chiusura domenicale era giustificata dall'esigenza di tutelare l'identità culturale della popolazione trentina. Si è infatti ritenuto che tale identità «sia legata al rispetto di un principio di matrice religiosa, ma di radicamento sociale, del riposo domenicale e festivo. Questo connotato proprio della tradizione culturale trentina imprime al tessuto urbano degli abitati, nelle giornate festive, una precisa immagine di quiete, di astensione dai commerci».

La Giunta provinciale ha dunque individuato come base giuridica del proprio intervento un determinato tipo di società e di persona, cui si è attribuito il diritto al riposo domenicale quale connotato intrinseco della sua dimensione culturale, rilevante sia ai sensi dell'art. 41 Cost. che – a monte – dell'art. 2 Cost. Ne è disceso il dovere istituzionale della Provincia di tutelare la persona, dato che il riconoscimento della chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali rappresenta una «misura volta a non impedire il godimento del riposo settimanale congiuntamente ai propri cari, l'adempimento dei doveri di educazione dei figli, la tutela della famiglia, e, in generale, l'espressione della propria personalità in un contesto sociale rispettoso del patrimonio culturale tradizionale proprio della popolazione locale»⁴⁸.

Non è questa la sede per discutere del merito della misura provinciale in rapporto a modelli culturali decorrelati dall'appartenenza dell'individuo a tradizioni locali o in riferimento agli interessi di altri tipi sociali, come gli imprenditori o i lavoratori che vedono nell'impiego domenicale una fonte di reddito e sussistenza. Basti invece osservare come il Targa di Trento abbia affermato come

⁴⁸ I passaggi sono tratti da T.R.G.A. Trento, ord., 1 ottobre 2020, n. 175.

la tipizzazione operata dalla Provincia sia di per sé insufficiente a giustificare la chiusura domenicale, essendo necessario *«rendere percepibile, in termini sufficientemente definiti, l'interesse, anche territoriale, che esige la tutela proposta e l'adeguatezza e proporzionalità della scelta operata»*.

Il giudice amministrativo ha dunque censurato la scarsa attendibilità degli interessi perseguiti dall'amministrazione mediante il regolamento, in rapporto all'analisi socio-economica del contesto provinciale ed alla definizione delle aspettative, esigenze e bisogni dei singoli individui o gruppi. L'esempio addotto non esclude la necessità di concepire l'azione amministrativa in termini personalistici, ma impone un particolare rigore giuridico nell'individuazione delle componenti minime della funzione amministrativa. Accanto alla tipizzazione delle funzioni e delle prerogative degli apparati pubblici, su cui si è concentrata la prevalente dottrina ottocentesca e novecentesca, sembrano aprirsi spazi per riflettere sul rapporto fra dimensione morale e giuridica dell'individuo quale soggetto garantito dall'amministrazione.